

Europees privaatrecht en rechtsvergelijking

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2000). Europees privaatrecht en rechtsvergelijking. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, (6399), 281-287.

Document status and date:

Published: 01/01/2000

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Dit artikel verscheen eerder in Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie 6399 (2000), p. 281-287.

Abstract

In deze rubriek is er met name aandacht voor diverse Europese Richtlijnen (Transacties op afstand, Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, ontwerp Elektronische handel), voor de mogelijkheid van een Europees Burgerlijk Wetboek en voor recente literatuur.

Europees privaatrecht en rechtsvergelijking 1

J.M. Smits

Inleiding

1. In een in 1999 verschenen bundel opstellen van de bekende Amerikaanse rechtsvergelijker John Henry Merryman wordt als het voor Europese juristen belangrijkste fenomeen van de twintigste eeuw de integratie binnen de Europese Unie en de opkomst van Europees uniform recht genoemd.¹ In de thans aangebroken nieuwe eeuw zal die ontwikkeling zich bestendigen. Dat rechtvaardigt een regelmatige aandacht voor de privaatrechtrechtelijke tak van die juridische eenwording: het Europees privaatrecht. Deze eerste bijdrage heeft – met name voor de lezers die nog geen kennis maakten met de vele aspecten van deze jonge discipline – deels het karakter van een terreinverkenning. Kort wordt aangegeven wat de stand van de discussie op een aantal te bespreken punten is en wordt nagegaan welke ontwikkelingen er het afgelopen jaar hebben plaatsgevonden. In het navolgende wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan drie produkten van Brusselse activiteit, nl. de richtlijn Transacties op afstand (no. 2-4), de richtlijn Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (no. 5-6) en de ontwerp-richtlijn inzake elektronische handel (no. 7), aan de discussie over een Europees Burgerlijk Wetboek (no. 8), aan een recent Nederlands proefschrift over een positiefrechtelijk onderwerp, nl. dat van Hesselink over redelijkheid en billijkheid (no. 9-10) en ten slotte aan enige algemene literatuur over de wording van het Europees privaatrecht (no. 11-13). Mijn juridisch-inhoudelijk commentaar gaat steeds gepaard met een vermelding van relevante binnen- en buitenlandse literatuur die het afgelopen jaar over deze onderwerpen is verschenen. Dat soort internationale literatuuroverzichten is essentieel voor een discipline die waarlijk Europees mag heten.²

De richtlijn Transacties op afstand

2. Zoals bekend is een van de tot nu toe meest prominente wijzen van privaatrechtseenwording in Europa die door het uitvaardigen van richtlijnen vanwege de Europese Unie. Wat het algemeen vermogensrecht aangaat, liggen die richtlijnen tot nu toe vooral op het vlak van de consumentenbescherming. Dat verbaast niet: de Europese Unie is van oudsher vooral een economische gemeenschap is, primair gericht op een uitbouw van de gemeenschappelijke markt. Keerzijde

¹ The Loneliness of the Comparative Lawyer; And Other Essays in Foreign and Comparative Law, The Hague: Kluwer, 1999, 541 pp.

² Voor andere recente overzichten van boeken: U. Mattei/L. Antonioli, Review of Books on Private Law and EU Law, European Law Journal 5 (1999), p. 135-140; Christoph U. Schmid, The Emergence of a Transnational Legal Science in European Private Law, Oxford Journal of Legal Studies 19 (1999), p. 673-689; Jaap Spier/Olav A. Haazen, The European Group on Tort Law and the European Principles of Tort Law, ZeuP 1999, p. 469-493.

daarvan is dat de nadelige consequenties van een dergelijke markt ook door de Unie dienen te worden tegengegaan. De meest bekende richtlijnen zijn wellicht die omtrent Produkten-aansprakelijkheid (1985), de Agentuurovereenkomst (1986) en de Koop van time-shares (1994).³ Hier aandacht voor twee andere richtlijnen en voor een ontwerp daartoe.

3. In 1997 zag richtlijn 97/7 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten⁴ het licht. Deze richtlijn is belangrijk in de ogen van de Europese Commissie omdat zij bij uitstek ziet op datgene waartoe de gemeenschappelijke markt zal leiden: het over de grenzen heen contracteren door contractspartijen die elkander niet recht in de ogen zien, maar per telefoon, fax, internet of brief overeenkomsten sluiten. Omdat in een aantal landen op dit terrein al wetgeving bestond, dreigde een verstoring van de markt op te treden; dit gecombineerd met de wens van consumenten- en privacybescherming voerde de Commissie tot ingrijpen. De richtlijn kent in hoofdzaak twee plichten voor de wederpartij van de consument. Art. 4 eist dat de consument tijdig voor het sluiten van de overeenkomst op begrijpelijke wijze op de hoogte wordt gesteld van onder meer de naam van de wederpartij en de prijs van af te nemen goed of dienst. Wordt de koper of dienstafnemer verplicht tot vooruitbetaling, dan dient de wederpartij ook haar adres te melden. Indien per telefoon wordt verkocht, dient de aanbieder zich aan het begin van het telefoongesprek expliciet te identificeren en het commerciële oogmerk van het gesprek te melden. Art. 5 eist dat indien het tot een overeenkomst komt, deze informatie ook schriftelijk dient te worden overlegd aan de consument. Zeer ingrijpend voor de nationale rechtsorde is vervolgens het recht dat art. 6 van de richtlijn aan de consument toekent. Art. 6 bepaalt nl. dat de consument tenminste gedurende zeven dagen na aflevering van de zaak het recht heeft om de overeenkomst te "herroepen" ("to withdraw" heet dat in de Engelse tekst) zonder enige opgave van reden.

In Nederland bevindt deze richtlijn zich thans in het stadium van implementatie (de uiterste datum daarvoor is juni 2000). In november 1999 zag het wetsvoorstel 26 861⁵ het licht. Hierin wordt voorgesteld om een nieuwe Afdeling 9A gewijd aan "Overeenkomsten op afstand" in te voegen in de Kooptitel van Boek 7 BW. Daarin wordt in art. 7.1.9A.1 sub a de overeenkomst op afstand gedefinieerd als "de overeenkomst waarbij, in het kader van een door de verkoper of dienstverlener georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand, tot en met het sluiten van de overeenkomst uitsluitend gebruik wordt gemaakt van één of meer technieken voor communicatie op afstand". Dat is een omslachtige omschrijving van het toepassingsbereik van de afdeling, die kortweg geldt voor consumentenkoop (uitgezonderd - terecht bekritiseerd door Sander⁶ - onder meer de veilingkoop) en de overeenkomst tot het verrichten van diensten (uitgezonderd een aantal in art. 7.1.9A.9 specifiek omschreven overeenkomsten, waaronder die betreffende financiële diensten⁷) tussen een professionele dienstverlener en een consument.

De kern van de regeling is neergelegd in art. 7.1.9A.3-6; deze bevat onder meer de informatieplichten en een art. 7.1.9A.4 dat luidt:

³ Resp. Pb. EG 1985 L 210/29 (geïmplementeerd in art. 6:185 e.v. BW); 1986 L 382/17 (geïmplementeerd in art. 7:428 e.v. BW) en 1994 L 280/83 (geïmplementeerd in art. 7:48a e.v. BW). Voor een volledig overzicht van richtlijnen op het vlak van materieel privaatrecht zie J.M. Smits, Europees privaatrecht in wording, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1999, p. 29 v. en vgl. M.H. Wissink, De invloed van Europese richtlijnen op het Nederlands privaatrecht, NTBR 1999, p. 1-11.

⁴ 20 mei 1997, PbEG L 144/19. Over deze richtlijn C.J. Sander, Beschermde kopen op afstand: binnen handbereik?, NTER 3 (1997), p. 261-264 en Marise Cremona, The Distance Selling Directive, The Journal of Business Law 1998, p. 613-620.

⁵ TK 1999-2000, 26 861, nr. 1. Het voorstel gaat vergezeld van een uitgebreide Memorie van Toelichting.

⁶ De zg. internetveiling valt buiten het bereik van de richtlijn, doch daarvoor bestaat geen goede reden; vgl. Sander, o.c., p. 262.

⁷ Hieromtrent staat een aparte richtlijn op stapel.

"1. Gedurende zeven werkdagen na de ontvangst van de zaak heeft de koper het recht de koop op afstand zonder opgave van redenen te ontbinden. Indien niet is voldaan aan alle in artikel 7.1.9A.3 lid 2 gestelde eisen (de plicht tot schriftelijke verstrekking van gegevens, JMS), bedraagt deze termijn drie maanden. (...)
2. In geval van ontbinding overeenkomstig lid 1 kan de verkoper, behoudens ten hoogste de rechtstreekse kosten van het terugzenden van de zaak, aan de koper geen vergoeding in rekening brengen.
3. In geval van ontbinding overeenkomstig lid 1 heeft de koper recht op kosteloze teruggave van het door hem aan de verkoper betaalde. De teruggave moet zo spoedig mogelijk en in ieder geval binnen dertig dagen na de ontbinding plaatsvinden". (...)

Het is overbodig op te merken dat deze regeling - die uiteraard ook geldt voor puur nationale contracten die per telefoon, fax, post, email, etc. worden gesloten - voor het Nederlandse privaatrecht ingrijpend is. De "herroeping" wordt naar Nederlands recht als ontbinding gemodelleerd en dat leidt tot interessante vragen. Naar huidig Nederlands recht is de ontbinding onderworpen aan de vereisten van art. 6:265 BW; die vereisten wijken voor een simpel ontbindingsrecht dat niet aan verdere voorwaarden is gebonden in geval van koop op afstand. Dat maakt het voor de aanstaande koper-consument aantrekkelijk om op afstand te kopen omdat hij dan zelfs zonder tekortkoming van zijn wederpartij onder de overeenkomst uit kan. Het Nederlandse voorstel⁸ voor een beëindigingsrecht binnen een bedenktijd voor de koper van een onroerende zaak (waarvoor de richtlijn overigens niet geldt) wordt aldus aangevuld voor de koop van roerende zaken. De samenloop met het recht van reclame en met de algemene mededelingsplichten van de verkoper in het kader van de leerstukken der dwaling en non-conformiteit lijken mij stof voor nadere studie; de Memorie van Toelichting is op dit punt mager.

4. Vraag is ook of het huidige wetsvoorstel de richtlijn voldoende implementeert. Art. 7.1.9A.4 geldt voor de "koop op afstand" die eerder gedefinieerd wordt als "de overeenkomst op afstand die een consumentenkoop is" (art. 7.1.9A.1 sub b). De regels die voor deze koop gelden worden grotendeels van overeenkomstige toepassing verklaard op de dienstverleningsovereenkomst tussen professional en consument (art. 7.1.9A.9). In de richtlijn worden de termen koop en dienstverlening echter zorgvuldig vermeden; de richtlijn is - behoudens een aantal expliciet uitgezonderde gevallen - van toepassing op alle typen overeenkomsten die op afstand worden gesloten; daaronder valt o.a. ook de huurovereenkomst, die ik zelf toch niet snel als dienstverlening zou kwalificeren. Vanuit een oogpunt van systematiek van het Nederlands BW is inpassing van de richtlijn in Titel 7.1 ook minder juist: de regels gelden voor in beginsel alle overeenkomsten en zouden dus eerder in Titel 6.5 thuishoren. Het argument dat dit minder recht zou doen aan de opbouw van het BW omdat van de richtlijn belangrijke groepen van overeenkomsten zijn uitgezonderd, gaat uiteraard niet op nu op alle algemene bepalingen van Boek 3 en Boek 6 omtrent overeenkomstenrecht uitzonderingen bestaan. Beter ware mijns inziens geweest om de richtlijn in Titel 6.5 te implementeren. De thans gekozen wetgevingstechniek draagt in elk geval niet bij aan het systeem van het Nederlands burgerlijk recht.

Bovendien bestaat enige onduidelijkheid over wat precies een overeenkomst op afstand is. Blijkens de Engelstalige versie van de richtlijn (art. 2 lid 1) geldt deze voor overeenkomsten "concerning goods or services concluded between a supplier and a consumer under an organized distance sales or service-provision scheme run by the supplier". Omtrent het voorgestelde art. 7.1.9A.1 wordt dan in de Memorie van Toelichting⁹ vastgesteld dat uit de richtlijn niet blijkt wat een "georganiseerd systeem" is, maar dat dit moet worden geïnterpreteerd als een *stelselmatige* en niet een min of meer *toevallige* gebruikmaking van communicatiemiddelen. Daarvan is volgens de Memorie van Toelichting wel sprake bij postorderverkoop of bij regelmatige advertenties in tijdschriften of bij regelmatig terugkerende reclamespotjes op radio of televisie, doch kennelijk

⁸ TK II 1992-1993, 23 095.

⁹ TK 1999-2000, 26 861, nr. 3, p. 13-14.

niet indien dit slechts incidenteel geschiedt. Ik waag het om de juistheid van deze interpretatie te betwijfelen: gegeven de ratio van de richtlijn - bescherming van de consument - zie ik niet in waarom een incidentele aanbieding anders zou zijn dan een structurele: de consument kan immers niet weten of de producent "stelselmatig" gebruik maakt van communicatiemiddelen. Aan de eis van een "georganiseerd systeem" is m.i. dan ook voldaan bij een incidentele aanbieding. Ik zou dit zelfs willen aannemen bij een enkele advertentie in de krant waarin wordt gesteld dat orders telefonisch worden aangenomen.¹⁰

Privaatrechtelijk minder interessant, maar toch vermeldenswaard, is art. 10 van de richtlijn, dat in het kader van privacybescherming voorafgaande toestemming van de consument eist voor het gebruik van een telefooncomputer (dit gebruik van een "oproepautomaat" heet ook wel "cold calling") of fax. Dit impliceert dat de huidige praktijk waarbij ongevraagd faxen worden gestuurd of potentiële klanten per telefoon door computers worden benaderd, grotendeels moet worden afgeschaft.¹¹ Weer wel privaatrechtelijk belangrijk is dat de richtlijn ongevraagde toezending met betalingsverzoek (zg. *inertia selling*) verbiedt; blijkens art. 7:7 lid 1 BW mag de koper de zaak dan om niet behouden. De richtlijn noopt tot opname van een nieuwe zin aan lid 2 van art. 7:7 dat inhoudt dat toezending aan een consument met verzoek om betaling in het geheel niet is toegestaan. Aldus luidt dan ook het wetsvoorstel.¹²

De richtlijn Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten

5. Wellicht bekend bij de lezer van WPNR is dat de Nederlandse lotgevallen van de richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten van 1993¹³ grillig zijn. Deze richtlijn heeft ten doel om aan consumenten een uniform minimum-niveau van bescherming tegen oneerlijke bedingen in overeenkomsten te bieden. De richtlijn uit 1993 diende uiterlijk per 31 december 1994 te zijn geïmplementeerd in het nationale recht van de lid-staten. Nederland stelde zich daarbij op het standpunt dat implementatie in het geheel niet nodig was omdat het Nederlandse recht (nl. de algemene voorwaarden-regeling van art. 6:231-247 BW tegen de achtergrond van het algemene overeenkomstenrecht) aan de consument al een verdergaande bescherming bood dan de richtlijn deed. De Europese Commissie maakte hiertegen in 1997 bezwaar en verzocht om aanpassing van de Nederlandse wetgeving. Na enige schermutselingen bestaat thans een wetsvoorstel (nu in behandeling in de Eerste Kamer¹⁴) dat met name wijziging van art. 6:238 beoogt.¹⁵ Art. 6:238 BW krijgt een tweede lid dat luidt:

"2. Bij een overeenkomst als bedoeld in de artikelen 236 en 237 moeten de bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. Bij twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de wederpartij gunstigste uitleg."

Hiermee wordt voor bedingen in algemene voorwaarden bij een consumentenovereenkomst ingevolge art. 5 richtlijn zowel de *transparantiereg*el (eerste zin) als de *contra proferentem-regel* (tweede zin) ingevoerd. Dit is strikt genomen toch een wijziging van het Nederlands recht nu de eerste regel daarin als zodanig niet voorkomt en de uitleg ten nadele van de opsteller van een

¹⁰ Vgl. ook John Dickie, Consumer Confidence and the EC Directive on Distance Contracts, *Journal of Consumer Policy* 21 (1998), p. 217-229 op p. 219.

¹¹ Uit het Nader Rapport n.a.v. het Advies van de Raad van State blijkt dat art. 10 - anders dan aanvankelijk voorzien - alsnog zal worden geïmplementeerd. Zie TK 1999-2000, 26 861, B, p. 2.

¹² TK 1999-2000, 26 861, nr. 2 A.

¹³ 5 april 1993, EG 93/13, Pb. EG L 29.

¹⁴ Wetsvoorstel 26 470 van juni 1999 (26 470, 1998-1999, nr. 1-2). In oktober 1999 is het Eindverslag van de Vaste Cie. voor Justitie gepubliceerd (1999-2000, 26 470, nr. 29).

¹⁵ Naast wijzigingen van art. 6:231 sub a en art. 6:240 lid 1 BW.

onduidelijke regel door de Hoge Raad in vaste rechtspraak¹⁶ slechts als een *gezichtspunt* en niet als een regel wordt beschouwd. Het voorstel heeft geleid tot een hernieuwde aandacht voor de contra proferentem-regel in de literatuur: nadat Van Schaick in een mooie rechtsvergelijkende bijdrage¹⁷ al eerder had gepleit voor meer aandacht voor objectieve uitlegregels (zoals de contra proferentem-regel) wijdden Wissink¹⁸ en Hijma¹⁹ hieraan ook artikelen.

6. Het wetsvoorstel geeft aanleiding tot een tweeledig commentaar. In de eerste plaats inhoudelijk. Doel van de richtlijn is om een uniform minimum-niveau van bescherming van de consument tegen oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten te bieden. De richtlijn stelt daartoe regels voor *alle* consumentenovereenkomsten, ongeacht of deze schriftelijk of mondeling zijn en ongeacht of de bedingen in algemene voorwaarden voorkomen of niet. De beperking is wel dat over het beding niet afzonderlijk mag zijn onderhandeld, wil de richtlijn van toepassing zijn.

Het voorgestelde art. 6:238 lid 2 BW geldt echter slechts voor *schriftelijke* bedingen die zijn opgesteld teneinde *in een aantal overeenkomsten* te worden opgenomen. Het advies van de Raad van State was om deze discrepantie tussen de richtlijn en Boek 6 BW in de voorgestelde wet op te heffen.²⁰ In de visie van de Minister zou de Nederlandse bescherming echter *beter* zijn (dus boven het vereiste minimumniveau van harmonisatie uitgaan) omdat de richtlijn de eis stelt dat omtrent het beding niet afzonderlijk is onderhandeld en die eis zeer eenvoudig is te omzeilen door te pretenderen dat over een beding *wel* onderhandeld is. Het Nederlandse recht stelt die eis niet en biedt in de visie van de Minister dus meer bescherming.

Maar hoe dan met mondelinge bedingen? Art. 5 richtlijn geldt slechts voor schriftelijke bedingen, zodat voor transparantie- en contra proferentem- regel het Nederlandse voorstel op dit punt in orde lijkt. Volgens Drion²¹ zou de richtlijn echter ook verplichten tot invoering van de contra proferentem-regel bij de mondelinge overeenkomst. De algemene regel uit de richtlijn dat een "oneerlijk beding" (dat is blijkens art. 3 een beding dat, "in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort") tussen verkoper en consument de consument niet bindt, is bovendien niet neergelegd in het voorstel. Door de inpassing in de algemene voorwaarden-regeling is het bereik van de richtlijn immers beperkt tot schriftelijke bedingen in algemene voorwaarden, waar de richtlijn deze beperkingen niet kent. Met verbazing neme men kennis van de reactie van de Minister op dit punt. Hij stelt onomwonden:²²

"dat de regeling van artikel 6:231 e.v. BW ook op mondelinge bedingen van toepassing is, zo niet rechtstreeks, dan in ieder geval krachtens artikel 6:248 BW, dat in het licht van die artikelen moet worden uitgelegd".

Zoals in het vervolg van dit nummer nog blijkt, was het bezwaar van de Europese Commissie nu echter juist dat dit soort richtlijnconforme uitleg een onvoldoende "effectieve" implementatie van de richtlijn is, precies ook de reden waarom eerder al door de Commissie was geageerd naar aanleiding van de Nederlandse weigering om überhaupt bij wet te implementeren.

¹⁶ Laatstelijk HR 12 januari 1996, RvdW 1996, 31 (Kroymans/Sun Alliance). Over de transparantieregel recent Jürgen Basedow, Transparenz als Prinzip des (Versicherungs-)Vertragsrechts, Versicherungsrecht 50 (1999), p. 1045-1055.

¹⁷ A.C. van Schaick, Uitlegregels, WPNR 6311 (1998), p. 272-276.

¹⁸ M.H. Wissink, Een 'effectief' wetsvoorstel, WPNR 6371 (1999), p. 679-680.

¹⁹ Jac. Hijma, Consument-onvriendelijke interpretatie, WPNR 6345 (1999), p. 115-116; vgl. Jac. Hijma, Contra Proferentem, GROM 1998, p. 18-36.

²⁰ Advies Raad van State en Nader Rapport, TK 26 470, B.

²¹ C.E. Drion, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 1999, p. 1462.

²² Advies Raad van State en Nader Rapport, TK 1998-1999, 26 470, B, p. 2.

In de tweede plaats een methodisch punt. Direct discussiepunt in het debat tussen de Nederlandse regering en de Europese Commissie was wanneer precies sprake is van "implementatie". Volgens Nederland op het moment dat het nationale recht voldoet aan de richtlijn. Dat was volgens de Minister – zoals wij reeds zagen – het geval nu de Nederlandse algemene voorwaarden-regeling zelfs verder gaat, bijvoorbeeld ook van toepassing is op bedingen waaromtrent is onderhandeld, wat in de richtlijn niet het geval is en naar Nederlands recht ook *duidelijke* bedingen soms ten gunste van de consument moeten worden uitgelegd. De Minister houdt dan ook vol dat het huidig wetsvoorstel van juni 1999 geen *materiële wijziging* van het Nederlands recht beoogt, doch enkel een tekstuele verduidelijking. Al wat nodig is, is een richtlijnconforme uitleg van de huidige regeling opdat deze inderdaad de bescherming van de richtlijn biedt, zo stelt de Minister.²³ Daartoe kon ook worden verwezen naar HR 19 september 1997, NJ 1998, 61.

De Europese Commissie daarentegen achtte deze richtlijnconforme uitleg niet afdoende om de "effectiviteit" van de regeling te garanderen. Onder meer art. 5 van de richtlijn zou niet afdoende zijn geïmplementeerd bij slechts een richtlijnconforme uitleg door de rechter, waarbij door de Commissie wordt erkend dat de richtlijn in Nederland wel reeds geldend recht is.²⁴ Hieruit valt af te leiden dat de opvatting dat reeds recht is wat uit het systeem van het privaatrecht voortvloeit, in Europa niet geheel opgaat; een meer expliciete opname van de Europese regels is vereist. Welke consequenties deze visie van de Commissie in de toekomst voor het Nederlandse recht nog heeft, valt niet te voorzien. Overigens heeft de Commissie over de Nederlandse implementatie van de richtlijn een procedure tegen Nederland aangespannen bij het Hof van Justitie teneinde op dit punt een principiële uitspraak te verkrijgen.

De ontwerp-richtlijn inzake elektronische handel

7. Het ligt in de bedoeling om aan de reeds bestaande richtlijnen een richtlijn inzake elektronische handel (*e-commerce*) toe te voegen.²⁵ In december 1999 werd omtrent de inhoud van deze richtlijn overeenstemming bereikt in de Europese Raad van Ministers; thans mag het Europees Parlement zich erover buigen, waarna de definitieve vaststelling naar verwachting plaatsvindt in de tweede helft van dit jaar.

Kern van de ontwerp-richtlijn is dat bedrijven via *e-commerce* overal in Europa goederen kunnen aanbieden. Daarbij moet door de elektronische aanbieder (*provider*) van producten of diensten bepaalde informatie worden verschaft aan potentiële klanten. Onder deze informatie zijn naam, adres en, indien aanwezig, het nummer waaronder de aanbieder is ingeschreven in het handelsregister. Essentieel is dan dat in art. 9 lid 1 van de ontwerp-richtlijn wordt aangegeven dat de wetgeving van de lid-staten het sluiten van contracten langs elektronische weg mogelijk maakt. Hiermee wordt geïmpliceerd dat vormvereisten ten aanzien van schriftelijkheid of registratie van de overeenkomst een sta-in-de-weg zijn voor deze contracten. In lid 2 van art. 9 is echter bepaald dat lid-staten kunnen bepalen dat lid 1 niet van toepassing is op contracten die (a) de tussenkomst van de notaris eisen; (b) om geldig te zijn bij een overheidsinstantie moeten worden geregistreerd; (c) tot het familerecht behoren; (d) tot het erfrecht behoren. Daarnaast zijn bepalingen voorzien over het tijdstip van totstandkoming van de overeenkomst (in afwijking van de in Nederland vigerende ontvangsttheorie is dat het tijdstip waarop de afnemer van de dienst langs elektronische weg het bewijs van ontvangst van de akkoordverklaring van de afnemer van de dienst heeft ontvangen én de ontvangst van het bewijs van ontvangst (elektronisch) heeft

²³ MvT, TK 1998-1999, 26 470, nr. 3; Nota n.a.v. het Verslag, 1998-1999, 26 470, nr. 5, p. 2.

²⁴ MvT, TK 1998-1999, 26 470, nr. 3.

²⁵ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde juridische aspecten van de elektronische handel in de interne markt, Pb. EG 1999, C 30/4 en COM (98) 586def.-98/0325 (COD).

bevestigd (art. 11). Ook bevat het ontwerp nog regels over aansprakelijkheid van de dienstverlener.

Er is in de literatuur reeds op gewezen dat het aanvankelijke voorstel van de Commissie veel onduidelijkheden bevatte en qua wetgevingskwaliteit beneden de maat was.²⁶ Het huidige voorstel roept ook nog de nodige vraagtekens op. De kans op wijziging is dan ook nog steeds aanwezig, maar wordt de richtlijn afgevaardigd met de huidige inhoud, dan is duidelijk dat het Nederlandse contractenrecht een aantal van zijn formaliteiten moet verliezen. De eis van schriftelijkheid bij huurkoop (art. 7A:1576i BW) zou bijvoorbeeld sneuvelen.²⁷

Een "ware Europese rechtsruimte": naar een Europees Burgerlijk Wetboek?

8. Een van de meest pregnante vragen van het Europees privaatrecht is - aangenomen dat uniform recht gewenst is - welke weg dient te worden bewandeld om dat te bereiken. De zojuist besproken methode van unificatie via richtlijnen heeft evidente nadelen:²⁸ slechts deelterreinen van het privaatrecht kunnen worden bestreken (nl. die waar de Europese Unie bevoegdheid heeft) en de vraag is maar of op de bestreken terreinen daadwerkelijk uniformiteit optreedt. De lidstaten kunnen immers zelf de methode kiezen waarlangs het gewenste resultaat wordt bereikt en die andere *vorm* leidt niet zelden al tot divergentie. Bovendien ontbreekt aan de richtlijnen een meer omvattend kader: waar de gemeenschappelijke Europese dogmatiek er niet is, is het moeilijk om de vaak technische regels uit de richtlijnen in te passen in de nationale rechtstelsels. Vandaar dat regelmatig de wens wordt uitgesproken om te komen tot een alomvattend "Europees Burgerlijk Wetboek."

De slotverklaring van de Europese Raad in Tampere (15-16 oktober 1999) bevat in dit opzicht een belangrijke mededeling. In het kader van de totstandkoming van een "ware Europese rechtsruimte" verzoekt de Europese Raad aan de Commissie om een aantal initiatieven te nemen. Onder deze is de publicatie van "gidsen" over justitiële samenwerking binnen de Unie en over de juridische stelsels van de lidstaten, alsmede de vaststelling van minimumnormen voor rechtsbijstand in grensoverschrijdende zaken en een versterkte wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen. Het meest interessant is echter dat inzake het materiële recht wordt verzocht om een "alomvattende studie uit te voeren over de noodzaak de wetgevingen van de lidstaten op burgerrechtelijk gebied onderling aan te passen teneinde belemmeringen voor een goede rechtsgang in burgerlijke zaken weg te nemen". De Raad moet daarover in 2001 verslag uitbrengen.²⁹ Dat riekt naar een onderzoek naar de mogelijkheid van uniforme Europese regels voor het materieel privaatrecht.

De discussie over de juiste weg naar uniform recht (en de gewenstheid daarvan) gaat uiteraard door. Als andere methoden op weg daar naar toe zijn onder meer aangevoerd: verdragenrecht, Europees juridisch onderwijs, een Europese rechtswetenschap, een vrijmoediger Europees Hof van Justitie, een actiever Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het vervaardigen van *Principles* en ten slotte concurrentie van rechtstelsels in plaats van opgelegde rechtseenheid.³⁰

²⁶ J.S. van den Oosterkamp, Enkele kanttekeningen bij het richtlijnvoorstel elektronische handel, NTER 5 (1999), p. 145-153; H.Hijmans/J. Roording, Juridische aspecten van de elektronische handel: de ontwerp-Richtlijn, Mediaforum 1999, p. 136; C. Stuurman, E-commerce: what's new?, Computerrecht 1999, p. 99-104.

²⁷ Vgl. Drion, o.c., p. 1457.

²⁸ Vgl. Smits, o.c., p. 28 v., ook voor andere nadelen.

²⁹ Europese Raad van Tampere, Conclusies van het Voorzitterschap (SI (1999) 800), p. 7-9. Zie http://europa.eu.int/council/off/conclu/oct99_nl.pdf.

³⁰ Zie voor een overzicht Smits, o.c., p. 24 v.

Redelijkheid en billijkheid en Europees privaatrecht

9. Een praktische en belangrijke methode van privaatrechtseenwording in Europa wordt gevormd door de bewustmaking van de Nederlandse jurist van de aanwezigheid van buitenlandse rechtspraak en rechtsliteratuur waarvan hij op vruchtbare wijze gebruik kan maken bij het oplossen van nationale rechtsvragen.³¹ Het toegankelijk maken van dat buitenlandse recht geschiedt in Nederland gelukkig op steeds ruimere schaal in proefschriften, boeken, preadviezen en artikelen. In deze rubriek zal uitgebreid aandacht worden besteed aan deze literatuur. Het Europees privaatrecht is nu eenmaal vooral nog een “academische” discipline. In dit nummer en no. 10 enige aandacht voor een recent proefschrift, in de no’s 11-13 voor andere recent verschenen bijdragen aan het debat.

Het afgelopen jaar vonden vier promoties van Nederlanders plaats op het vlak van het materiële privaatrecht die verband hielden met de eenwording van recht in Europa.³² Opvallend genoeg liggen drie daarvan - de proefschriften van Bos, Rutgers en Van Vliet³³ - op het vlak van het goederenrecht, waar harmonisatie nu juist algemeen moeilijk wordt geacht; de bespreking van deze laat ik over aan collega Van Erp. Ik besteed aandacht aan het proefschrift waarop M.W. Hesselink in 1999 promoveerde en dat handelt over de redelijkheid en billijkheid in het Europees privaatrecht.³⁴ Omtrent de plaats van die redelijkheid en billijkheid in een mogelijk toekomstig uniform privaatrecht bestaat veel discussie. Het Engelse recht kent geen *algemene* norm van “good faith” die alle rechtsverhoudingen doortrekt; in continentaal Europa verschilt de betekenis die de redelijkheid en billijkheid heeft per land. In Nederland is er een onomwonden erkenning van de beperkende werking in het contractenrecht en sowieso van de algehele penetratie van het recht door de redelijkheid, in bijvoorbeeld Frankrijk dient in situaties van evidente schending van de “contractuele rechtvaardigheid” toevlucht te worden genomen tot misbruik van recht.

Hesselink bespreekt in zijn proefschrift voor een groot aantal Europese landen de plaats die de redelijkheid en billijkheid er inneemt. Omdat die plaats moeilijk is te begrijpen zonder kennisneming van ook de overige contractenrechtelijke regels, biedt het werk beschrijvingen (met uitgebreide literatuurverwijzingen) van grote delen van het contractenrecht van onder meer Frankrijk, Duitsland, Engeland en Italië. In dat opzicht biedt dit proefschrift een goed overzicht van het positieve contractenrecht van deze landen.

Daarnaast wordt een eigen opvatting verdedigd die kortweg inhoudt dat verschillen in Europa ten aanzien van de plaats van de redelijkheid en billijkheid geen obstakel zijn voor Europese eenwording mits maar de “werkelijke” functie van de redelijkheid en billijkheid wordt erkend. Voor Hesselink is deze functie die van “spreekbuis” voor nieuwe regels, een handvat

³¹ Zie daarover H.C.F. Schoordijk/J.M. Smits, Heden, Verleden en Toekomst van het Privaatrecht, AA 1999, p. 800-808 en voor een toepassing op rechtsdwaling J.M. Smits, De verrijksingsactie in geval van rechtsdwaling in Engeland, Nederland en Europa, WPNR 6375 (1999), p. 765-766.

³² Daarnaast verschenen boeken die meer gewijd waren aan de methodologie van de rechtsvergelijking. Onder deze het Amsterdamse proefschrift van A.E. Oderkerk, De preliminair fase van het rechtsvergelijkend onderzoek, Nijmegen: Ars Aequi, 1999, 484 pp. en het preadvies van A.E. Örüci voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking gewijd aan Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition, Deventer: Kluwer, 1999 (Geschriften Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking no. 59), 195 pp.

³³ T.M. Bos, Grensoverschrijdend faillissementsrecht in Europees perspectief: een studie naar het faillissement in het Internationaal Privaatrecht van Nederland, België en Duitsland, diss. VU Amsterdam, Deventer: Kluwer 2000, 422 pp.; J.W. Rutgers, International Reservation of Title Clauses; A Study of Dutch, French and German Private International Law in the Light of European Law, The Hague: T.M.C. Asser Press, 1999, 248 pp.; L.P.W. van Vliet, Transfer of Movables, diss. Maastricht 2000, Nijmegen: Ars Aequi, 2000, 253 pp.

³⁴ De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht, Diss. Utrecht 1999, Deventer: Kluwer, 1999, 495 pp. Zie ook dez., De redelijkheid en billijkheid in het Europees privaatrecht, AA 1999, p. 787 v.

voor de rechter om nieuw recht te vormen. De rechtsvormende taak van de rechter staat dan gelijk aan deze functie van de redelijkheid en billijkheid. Omdat iedere rechter – zowel die in Engeland als die op het continent – aan rechtsvorming doet, is er in de visie van Hesselink eigenlijk geen onoverbrugbaar verschil tussen de civil law en de common law. De redelijkheid en billijkheid zou op het continent zelfs kunnen worden gemist, mits men maar de rechtsvormende taak van de rechter en niet enkel die van de wetgever aanvaardt.

10. De redenering van Hesselink kan op twee punten worden aangevallen. Op het eerste punt is reeds gewezen door Van Schilfgaarde³⁵ en Snijders.³⁶ Wie de redelijkheid en billijkheid vooral ziet als een handvat voor de rechter dat hem ten dienste staat bij de rechtsontwikkeling, ontkent dat deze ook een *norm* is die zich tot de burger richt. Deze norm verplicht de burger de belangen van zijn wederpartij en niet zelden ook van derden in acht te nemen; dat is een zelfstandige functie die moeilijk kan worden uitgevlakt en die op het continent een grotere rol speelt dan in het Engelse recht. Met andere woorden: voor zover de redelijkheid en billijkheid geen rol speelt bij de rechtsvinding, maar puur contractueel is, is er wél divergentie in Europa.

In de tweede plaats betwijfel ik ook of de door Hesselink beweerde andere functie van de redelijkheid en billijkheid – een handvat voor de rechter – in een toekomstig Europa op uniforme wijze kan worden gehanteerd. Het veronderstelt een visie op een uniforme wijze van rechtsvinding. Hesselink wijdt echter niet uit over de vraag welke die wijze zou moeten zijn. Het argument van Teubner³⁷ en Legrand³⁸ dat de fundamenteel verschillende rechtscultuur in Engeland en continentaal Europa in de weg staat aan het toepassen van uniform recht is niet zo eenvoudig te ontkrachten.

Europees privaatrecht in ontwikkeling

11. De Nederlandse jurist denkt zijn bronnen over buitenlands recht wel te vinden: hij leest immers de kroniek *Algemeen* van Hondius in NTBR en de rubriek *Van de buitenlandse leestafel*³⁹ in dit tijdschrift. Toch is dat niet genoeg voor wie echt bij wil blijven. Alleen al de hoeveelheid literatuur over unificatie van recht in Europa groeit exponentieel, waar die over de klassieke rechtsvergelijking in eenzelfde tempo blijft groeien. De buitenlandse literatuur is daarbij oneindig veel uitgebreider dan de Nederlandse, maar in essentie ook van belang voor de Nederlandse jurist. Ik beoog om nu en in de volgende afleveringen van deze rubriek opgave te doen van de belangrijkste recente geschriften en steeds een aantal hiervan wat uitgebreider te bespreken.

12. In Nederland bestaat op het vlak van het Europees privaatrecht zelf thans een overzichtswerk van mijn hand, waarin ook een these wordt ontwikkeld over de toekomst van het Europees *ius commune*;⁴⁰ aan klassieke rechtsvergelijking werd in 1999 in Nederlandse literatuur vooral

³⁵ P. van Schilfgaarde, Deel 4 van Hesselink, WPNR 6377 (1999), p. 811-815.

³⁶ W. Snijders, WPNR 6376 (1999), p. 792-798. Zie ook de bespreking door J.H. Dalhuisen, RMTh 1999, p. 332-338.

³⁷ G. Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, MLR 61 (1998), p. 11-32.

³⁸ De door cultuurfilosofische opvattingen ingegeven visie van Pierre Legrand wordt door hem recent nog eens uitgezet in twee nieuwe boeken en een artikel in de jubileumaflevering van de RIDC. Zie *Fragments on Law as Culture*, Deventer: Tjeenk Willink, 1999, 163 pp. en *Le droit comparé*, Paris: PUF, 1999, 128 pp., alsmede *Sur l'analyse différentielle des juriscultures*, RIDC 1999, p. 1053-1071.

³⁹ Zie recent H.C.F. Schoordijk, WPNR 6332 (1998), p. 671-673 en J.B.M. Vranken, WPNR 6346 (1999), p. 137-142. Zij hebben vooral aandacht voor Zwitsers en Duits recht.

⁴⁰ J.M. Smits, *Europees privaatrecht in wording*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 1999, 302 pp. Melding zij gemaakt van de tweede druk van R.I.V.F. Bertrams/F.J.A. van der Velden, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, 2^{de} dr., Deventer: Kluwer, 1999.

gedaan in de werken van Hammerstein en Vranken,⁴¹ van Du Perron⁴² en van Schoordijk.⁴³ Zij vergelijken vooral met Duits en Engels recht.

Aparte aandacht is er voor een preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, gewijd aan Europees familierecht.⁴⁴ Hoofdauteur Steenhoff geeft aandacht aan de mogelijkheid en de noodzaak van unificatie van het Europees familierecht, Antokolskaia vult dat aan voor de geschiedenis, beschrijft het Scandinavische en Sovjet-voorbeeld en onderscheidt de aan Europese landen gemeenschappelijke beginselen en De Hondt ten slotte gaat in op familierechtelijk verdragenrecht.

De reeds eerder aan de orde gestelde controversen hoe eenheid van recht het beste kan worden bereikt (no. 8) en of onderscheiden rechtsculturen in de weg staan aan eenwording (no. 10) keren in het preadvies uiteraard terug. Daaraan vooraf gaat – in elk geval voor het familierecht – nog de vraag naar het *waarom* van unificatie. Kötz had al in 1983 de retorische vraag gesteld:⁴⁵

“Warum aber in aller Welt (...) muss denn eine Ehe unter Sizilianern nach den gleichen Regeln geschlossen oder geschieden werden wie eine Ehe unter Dänen oder Iren?”

Voor (een deel van) het vermogensrecht is het belang van unificatie evident: dat ligt in de toename van economische bedrijvigheid doordat de transactiekosten van de beoogde transactie met een buitenlandse persoon afnemen. Voor het familierecht ziet Steenhoff een ander argument in wat hij de “eenheid van rechtsbedeling van de Europese burger” noemt.⁴⁶ Ik acht dit argument weinig overtuigend omdat de afwezigheid van eenheid op zichzelf geen nadeel is; de voor- of nadeligheid er van moet steeds aan andere factoren dan die eenheid *zelf* worden gemeten. Die externe factor zou hoogstens de ontwikkeling van een “Europese identiteit”⁴⁷ kunnen zijn, maar er wordt nu juist altijd op gewezen dat deel van de Europese cultuur het respect voor verschillen is. Consequent vanuit een oogpunt van eenheid van rechtsbedeling is dat in het preadvies wordt uitgegaan van de idee dat familierecht niet cultureel bepaald is,⁴⁸ maar in de toekomst een ordenende functie moet vervullen. Maar daarop valt dan weer af te dingen dat ordening zonder ideologie niet denkbaar is. In dit opzicht zijn de preadviseurs mijns inziens te optimistisch. Dat neemt niet weg dat het nuttig is om te trachten *Principles* van Europees familierecht op te stellen, zoals de auteurs ook voorstaan.⁴⁹ Het model van de contractenrechtelijke beginselen kan daarbij als voorbeeld dienen. Het succes van de *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* en van de *Principles of European Contract Law* is immers groot. Van de laatste

⁴¹ A. Hammerstein/J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Deventer 1998 (Mon. NBW A-10), 66 pp.

⁴² C.E. Du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. Amsterdam, Deventer: Kluwer, 1999, 448 pp.

⁴³ H.C.F. Schoordijk, *Onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking bij zogenaamde driehoeksverhoudingen; een rechtsvergelijkende studie*, Deventer: Kluwer, 1999, 236 pp.

⁴⁴ M.V. Antokolskaia, W.A. de Hondt, G.J.W. Steenhoff, *Een zoektocht naar Europees familierecht*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Geschriften, no. 58, Deventer: Kluwer, 1999, 141 pp.

⁴⁵ H. Kötz, *Rechtsvergleichung und gemeineuropäisches Privatrecht*, in: P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 95 v.

⁴⁶ Steenhoff, o.c., p. 10.

⁴⁷ Steenhoff, o.c., p. 10.

⁴⁸ Steenhoff, o.c., p. 3.

⁴⁹ Steenhoff, o.c., p. 21.

verscheen overigens zeer recent het lang verwachte tweede deel.⁵⁰ De Lando Commissie werkt verder aan een derde deel.

13. In de Duitse taal begint zich langzamerhand een arsenaal aan leerboeken over Europees privaatrecht (en dan vooral verbintenissenrecht) te ontwikkelen. In 1999 verscheen deel 2 van Von Bars *magnum opus* over Europees aansprakelijkheidsrecht, voornamelijk gewijd aan schadevergoeding, causaliteit en rechtvaardigingsgronden.⁵¹ Filippo Ranieri wijdde een leerboek aan Europees verbintenissenrecht⁵² en Sven Schelo waagde zich aan het heikele probleem van een Europees procesrecht.⁵³ Nu valt zonder veel twijfel te stellen dat het Engels de taal van het toekomstig Europees privaatrecht zal zijn; het boek van Von Bar wordt in het Engels vertaald, maar van de overige genoemde werken blijft de invloed vast beperkt tot het Duitse (en wellicht Nederlandse) taalgebied. Dat geldt ook voor een aantal Duitse werken over de relatie tussen privaatrecht en de Europese Unie. Het gaat dan vooral over de vraag naar de bevoegdheid van de Europese Unie om in te grijpen in het privaatrecht van de lidstaten. Daaraan wordt een volgende keer aandacht besteed, maar ik noem hier uit het Duitse taalgebied alvast de recente studies van Müller-Graff,⁵⁴ Franzen,⁵⁵ Schulze⁵⁶ en van Schulte-Nölke en Schulze.⁵⁷

⁵⁰ Ole Lando/Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, The Hague: Kluwer, 2000, 561 pp.

⁵¹ Chr. Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht; Schaden und Schadenersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe*, München: Beck, 1999, 698 pp. Deel I verscheen in 1996 in oorspronkelijke vorm en in 1998 in een Engelse vertaling (Oxford: Clarendon Press, 1998).

⁵² *Europäisches Obligationenrecht*, Wien: Springer 1999, 280 pp.

⁵³ Sven Schelo, *Rechtsangleichung im Europäischen Zivilprozessrecht: EG-Kompetenzen und Modellgesetz: Zugleich eine Untersuchung ausgewählter Vorschriften des Modellentwurfs zur Vereinheitlichung der Europäischen Prozessordnungen*, diss. Münster, 1999, 219 pp.

⁵⁴ P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2. Aufl.: Baden-Baden: Nomos, 1999, 559 pp.

⁵⁵ Martin Franzen, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, Berlin/New York: De Gruyter, 1999, 734 pp.

⁵⁶ Reiner Schulze (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden: Nomos, 1999, 240 pp.

⁵⁷ Hans Schulte-Nölke/Reiner Schulze (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden: Nomos, 1999, 415 pp.